

# VU Research Portal

## Hoofdelijkheid bij ontneming van voordeel. Alweer een oplossing voor niet-bestaande problemen

Borgers, M.J.; Kooijmans, T.; Simmelink, J.B.H.M.

### ***published in***

Nederlands Juristenblad  
2007

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., Kooijmans, T., & Simmelink, J. B. H. M. (2007). Hoofdelijkheid bij ontneming van voordeel. Alweer een oplossing voor niet-bestaande problemen. *Nederlands Juristenblad*, 17-20.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Nederlands Juristenblad, Hoofdelijkheid bij ontneming van voordeel Alweer een oplossing voor niet-bestaande problemen

<b>Vindplaats:</b>	NJB 2007, 4	<b>Bijgewerkt tot:</b>	05-01-2007
<b>Auteur:</b>	Prof. mr. M.J. Borgers <sup>[1]</sup> , mr. T. Kooijmans, mr. J.B.H.M. Simmelink <sup>[2]</sup>		

### Hoofdelijkheid bij ontneming van voordeel

Alweer een oplossing voor niet-bestaande problemen

Het initiatiefwetsvoorstel dat een hoofdelijkheidsconstructie wil invoeren in de ontnemingswetgeving is verspilde energie, het lost problemen op die niet bestaan en trekt zonder deugdelijke rechtvaardiging één van de belangrijkste fundamenteën van de ontnemingswetgeving onderuit. Wat de indieners voorstellen, is slechte wetgeving.

#### 1 Een initiatiefwetsvoorstel

De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel is een onderwerp dat immer de warme belangstelling geniet van het parlement. Het belang dat aan de effectiviteit van voordeelsontneming wordt gehecht, is zo groot dat de bereidheid bestaat elk mogelijk obstakel zo spoedig mogelijk met behulp van nieuwe wetgeving uit de weg te ruimen. Dat is op zichzelf natuurlijk een prijzenswaardige houding van het parlement. Tegelijkertijd mag van parlementariërs worden verlangd dat zij het hoofd koel houden en kritisch beoordelen of er ook daadwerkelijk sprake is van een obstakel. Op dat punt gaat het nog wel eens mis. Zo werd in het voorjaar van 2005 een initiatiefwetsvoorstel aangekondigd om de mogelijkheid van aftrek van kosten te schrappen. Aanleiding voor dit voorstel was een vonnis van een rechtbank waarin de kosten voor de aanschaf van een wapen in mindering werden gebracht op de opbrengsten van een bankoverval. Zou het initiatiefwetsvoorstel zijn doorgezet, dan was er echter met een kanon op een mug geschoten. De uitspraak van de rechtbank was immers, vanwege de evidente onjuistheid van de beslissing, een eendagsvlieg.<sup>[3]</sup> Terecht heeft het aangekondigde voorstel nooit het daglicht gezien.

Recent denken de kamerleden Van Haersma Buma (CDA) en Weekers (VVD) een oplossing te hebben bedacht voor een ander vermeend probleem met de ontneming van voordeel. Deze oplossing is ditmaal wel in een initiatiefwetsvoorstel neergelegd.<sup>[4]</sup> Voorgesteld wordt de introductie van een nieuw lid 6 in art. 36e Sr waarin de ontnemingsrechter de bevoegdheid wordt gegeven om, ingeval het voordeel van strafbare feiten 'die door twee of meer personen zijn gepleegd' aan meerdere personen ten goede is gekomen, elk van die personen hoofdelijk de verplichting op te leggen om het totaalbedrag van het voordeel aan de Staat te betalen.<sup>[5]</sup> Dus als Jan, Piet en Klaas een bank overvallen, behoeft de rechter bij elk van hen niet te volstaan met een ontnemingsmaatregel ter hoogte van het bedrag dat zij individueel aan voordeel hebben verkregen, maar mag de rechter in plaats daarvan elk van hen voor het volle pond - de totale opbrengst - aanslaan. Het Openbaar Ministerie kan vervolgens kiezen bij wie dat totaalbedrag wordt verhaald. Het initiatiefwetsvoorstel wil daarmee, blijkens de summiere toelichting, twee problemen oplossen: een bewijsprobleem (hoe hebben de daders de buit verdeeld?) en een executieprobleem (waarom zou de betalingsverplichting niet geheel op de meest draagkrachtige dader kunnen worden verhaald?).<sup>[6]</sup>

In deze bijdrage gaan wij in op de vraag hoe het initiatiefwetsvoorstel zich verhoudt tot de aard van de ontnemingsmaatregel (par. 2). Vervolgens betogen wij dat de in het initiatiefwetsvoorstel gesignaleerde problemen geen werkelijk bestaande problemen zijn (par. 3). Ten slotte doen wij beknopt enkele voorstellen om bepaalde wél bestaande problemen die zich voordoen bij de voordeelsontneming daadkrachtig aan te pakken (par. 4).

#### 2 De aard van de ontnemingsmaatregel

De door de indieners voorgestelde regeling doet de vraag rijzen hoe het initiatiefwetsvoorstel zich verhoudt tot de aard van de ontnemingsmaatregel. Grofmazig geschetst, is in de oorspronkelijke wetsgeschiedenis tot

uitdrukking gebracht dat aan de betrokkene moet worden ontnomen wat hem rechtens niet toekomt; op criminele opbrengsten heeft hij geen recht. Het gaat dan ook om 'herstel van de rechtmatige toestand', bezien vanuit het perspectief van de betrokkene.<sup>[7]</sup> Aan hem wordt ontnomen wat hij wederrechtelijk als voordeel heeft verkregen.

Het aldus geformuleerde rechtskarakter van de ontnemingsmaatregel heeft ook zijn weerslag gevonden in de huidige rechtspraak van de Hoge Raad. Hierin is uitgangspunt 'dat, ook gelet op het reparatoire karakter van de maatregel, bij de bepaling van het voordeel dient te worden uitgegaan van het voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald'.<sup>[8]</sup> Tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad aangegeven dat een hoofdelijkheidsconstructie 'zich niet [verdraagt] met de aard van de maatregel tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel', omdat die maatregel ertoe strekt 'dat de betrokkene het voordeel dat hijzelf daadwerkelijk wederrechtelijk heeft verkregen, wordt ontnomen.' Gaat het over een strafbaar feit dat is gepleegd door meerdere personen en beschikt de rechter in het concrete geval over onvoldoende aanknopingspunten om te kunnen bepalen hoe het voordeel onder de betrokkenen is verdeeld, dan heeft hij de mogelijkheid om tot een pondspondsgewijze verdeling te komen.<sup>[9]</sup>

Het meest principiële argument dat pleit voor de benadering van de Hoge Raad is dat collectieve aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden zich niet verdragen met een strafrecht dat uitgaat van een persoonlijke aansprakelijkheid van een verdachte voor eigen gedragingen, van individuele schuld en toerekening en een op de persoon van de verdachte toegespitste sanctieoplegging, met inbegrip van de ontneming van het 'daadwerkelijk' en dus individueel genoten voordeel. Kortom, het reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel pleit tegen hoofdelijkheid. Opmerkelijk is dan ook dat de indieners van het initiatiefwetsvoorstel stellen dat dit reparatoire karakter niet wordt aangetast door een hoofdelijkheidsconstructie. Sterker nog, hoofdelijkheid zou zelfs een voorwaarde zijn om het herstel van 'de oorspronkelijke toestand' te bewerkstelligen.<sup>[10]</sup> De indieners geven hier echter een andere invulling aan het begrip 'oorspronkelijke toestand' dan de wetgever indertijd voor ogen had en de Hoge Raad in zijn huidige rechtspraak. De indieners knopen namelijk niet aan bij (een vergelijking van) de specifieke vermogenspositie van iedere individuele betrokkene voorafgaand aan en na voltooiing van het strafbare feit, maar bij de omvang van het totale door het strafbare feit verkregen voordeel.

De hier geschetste contradictie vloeit derhalve voort uit het gegeven dat de indieners kennelijk alleen van herstel willen spreken indien al het voordeel dat wederrechtelijk is verkregen op enigerlei wijze wordt ontnomen. Wij hebben echter altijd begrepen dat het karakter van de ontnemingsmaatregel is gericht op rechtsherstel vanuit het perspectief van de betrokken dader, en dat het er dus om gaat dat die (individuele) dader wordt gebracht in de - financiële - toestand waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij geen strafbaar feit had begaan.<sup>[11]</sup> Zonder omhaal van woorden en dus ook zonder nadere onderbouwing én rechtvaardiging trekken de indieners dit fundament van de ontnemingswetgeving onderuit. Dit is voor ons reeds voldoende reden om ons tegen het initiatiefwetsvoorstel te keren. Gesteld al dat het ontbreken van een hoofdelijkheidsconstructie soms tot praktische (bewijs- en/of executie)problemen zou kunnen leiden, dan weegt het belang om die problemen op te lossen naar onze mening niet zwaar genoeg om een afwijking van de individuele aansprakelijkheid als strafrechtelijk principe te kunnen rechtvaardigen.

### **3 De problemen zijn geen problemen**

Tegen de achtergrond van het voorgaande moet echter bovendien worden bedacht dat het kwetsief is of de gestelde problemen wel echte problemen zijn. Zo levert het niet bekend zijn van de verdeling van de buit tussen de daders in de praktijk zelden een bewijsprobleem op. De ontnemingsrechter hoeft namelijk niet tot op de komma nauwkeurig vast te stellen welk aandeel van het gehele voordeel aan iedere individuele mededader daadwerkelijk is toegekomen. Hij kan volstaan met een schatting van het door elk van de daders verkregen voordeel. Bij die schatting kan de rechter, waar nodig, uitgaan van algemene ervaringsgegevens, zoals het gegeven dat de buit meestal evenredig wordt verdeeld. Indien aanwijzingen voor het tegendeel ontbreken, mag de rechter er bij wijze van vermoeden van uitgaan dat de mededaders gelijkelijk zullen hebben geprofiteerd van de buit, zodat het voordeel 'pondspondsgewijs' kan worden toegerekend. Het is ook mogelijk dat de rechter, bijvoorbeeld vanwege ongelijkwaardige rollen van de mededaders, tot een andere verdeelsleutel komt. Indien de betrokkene dergelijke schattingen wil afwenden, is het aan hem om op dat

punt een gespecificeerd en gemotiveerd verweer te voeren. Dit stelsel maakt het mogelijk om ook bij onduidelijkheden over de verdeling van de buit over mededaders te komen tot verantwoorde en evenwichtige ontnemingsbeslissingen.<sup>[12]</sup>

De toelichting op het initiatiefwetsvoorstel geeft naar onze mening niet duidelijk aan wat de gebreken zouden zijn van het huidige recht. Sterker nog, de voorbeelden die de indieners aandragen<sup>[13]</sup>, bevestigen juist dat er geen gebreken zijn.

Het eerste voorbeeld dat door de indieners wordt aangedragen, betreft drie bankovervallers die de opbrengst in het bos begraven. Enige tijd later graaft één van de daders het geld op en koopt daarvan twee horecapanden. Op de eerste plaats kan de besteding erop duiden dat het gehele voordeel bij de opgravende dader terecht is gekomen. Blijkt dat de aanschaf van de horecapanden mede het belang van de andere twee daders dient, dan ligt een pondspondsgewijze verdeling van het voordeel voor de hand. Als het om een of andere reden onmogelijk blijkt om aan de andere twee overvallers een ontnemingsmaatregel op te leggen (bijvoorbeeld omdat dezen met de noorderzon zijn vertrokken), dan kan altijd nog op grond van art. 420bis Sr de 'opgraver' worden aangemerkt als witwasser van de gehele buit en kunnen de aangeschafte horecapanden langs die weg verbeurd worden verklaard.

Het tweede voorbeeld handelt over meerdere daders die gezamenlijk de opbrengsten van georganiseerde drugshandel in Spaans vastgoed beleggen. Het gezamenlijke handelen duidt op een gezamenlijke beschikkingsmacht over het voordeel, zodat ook hier pondspondsgewijze verdeling probleemloos kan plaatsvinden, indien niet blijkt van een feitelijk andere verdeling. Wederom kunnen eventueel opkomende beperkingen bij de ontneming worden geredresseerd met toepassing van de witwasbepalingen in het Wetboek van Strafrecht.

Ook een nijpend executieprobleem bestaat naar onze mening niet. Natuurlijk, indien meerdere daders elk een ontnemingsmaatregel krijgen opgelegd voor het individueel genoten voordeel, kan de situatie zich voordoen dat de executie bij de ene dader makkelijker verloopt dan bij de andere. Is dat echter voldoende aanleiding om dan maar het geheel op de meest draagkrachtige partij te verhalen? De indieners stellen dat, hoewel de voorgestelde regeling dit niet tot doel heeft, het 'zou kunnen voorkomen' dat toepassing van de hoofdelijke aansprakelijkheid tot gevolg heeft dat een van de daders voor een groter deel wordt aangeslagen, dan voor het deel dat hij daadwerkelijk heeft genoten.<sup>[14]</sup> Dit lijkt ons een understatement. Het initiatiefwetsvoorstel stelt namelijk de hoofdelijkheid voorop. In aanmerking genomen dat personen die gezamenlijk een (buitgericht) strafbaar feit plegen naar algemene ervaringsregelen de buit ook wel zullen verdelen, leidt het initiatiefwetsvoorstel er in beginsel toe dat het welhaast onvermijdelijk is dat ieder der betrokkenen een betalingsverplichting krijgt opgelegd die qua omvang uitstijgt boven het daadwerkelijk individueel verkregen voordeel.

Ernstiger nog is dat de indieners voorts luchtig opmerken dat de dader die het totaalbedrag heeft voldaan, een civielrechtelijke (regres)vordering krijgt op zijn mededaders.<sup>[15]</sup> Op die wijze zou kennelijk moeten worden bewerkstelligd dat alle mededaders uiteindelijk niet meer hebben hoeven af te dragen - aan de Staat of aan de door de Staat aangeslagen mededader - dan het individueel genoten voordeel. Nog afgezien van het feit dat niet wordt voorzien in een wettelijke basis voor een regresvordering<sup>[16]</sup>, is het maar de vraag of men hier te maken heeft met mensen die regres nemen via de rechter. In het criminele circuit houdt men er veelal andere gewoonten op na om schulden te vereffenen. Willen de indieners die gewoonten stimuleren? Dat zou een buitengewoon dubieus neveneffect van het wetsvoorstel zijn.

Maar zelfs dat is niet de kern van de zaak. Indien op enig moment blijkt dat de betrokkenen al hun geld hebben geparkeerd bij één van de daders, teneinde dat geld veilig te stellen, biedt de wet nu reeds mogelijkheden om daartegen op te treden. Het gaat daarbij om de bevoegdheid om beslag te leggen op het vermogen van derden die meewerken aan het frustreren van het verhaal (art. 94a lid 3 Sv) en de mogelijkheid om de 'beheerder' van het geld te vervolgen wegens - inderdaad - het witwassen van misdaadgeld, waarna het geld waarover hij de beschikking heeft, kan worden verbeurdverklaard. Toegepast op het hiervoor genoemde tweede voorbeeld: degene die het geld in het Spaanse vastgoed investeert, kan juist vanwege de investeringshandelingen als witwasser worden aangemerkt. De strafrechter kan bij de veroordeling wegens witwassen het vastgoed verbeurdverklaren. Wat het aanvaarden van een hoofdelijkheidsconstructie aan deze mogelijkheden nog zou kunnen toevoegen, ontgaat ons.

#### 4 Tot besluit: de echte problemen moeten worden aangepakt

De wetgevingsenergie op het vlak van de ontneming kan naar ons oordeel beter worden benut om oplossingen aan te reiken voor daadwerkelijk bestaande tekortkomingen in de wetgeving. Wij wijzen op het al eerder gelanceerde voorstel om de mogelijkheid tot verbeurdverklaring van voorwerpen uit te breiden tot de voorwerpen die zijn verkregen 'uit de baten van' het misdrijf. Deze wijziging kan de praktijk van de ontneming aanzienlijk versoepelen, doordat in meer eenvoudige zaken kan worden volstaan met verbeurdverklaring van de directe en indirecte opbrengsten van strafbare feiten. Winst is dat in deze zaken geen afzonderlijke ontnemingsprocedure meer hoeft te worden gevoerd. Verder verdienen de - ook in de toelichting op het initiatiefwetsvoorstel aangestipte<sup>[17]</sup> - pogingen vanuit het BOOM om de executie van opgelegde ontnemingsmaatregelen te verbeteren, bijvoorbeeld door het in dienst nemen van zogeheten vermogensspeurders, alle steun.<sup>[18]</sup> Op dit punt moet serieus worden overwogen om aan de officier van justitie ter incasso dwangmiddelen - zoals bevoegdheden om specifiek ten behoeve van de executie financieel onderzoek te verrichten - toe te kennen.<sup>[19]</sup> Dat zou pas een belangrijke modernisering en verbetering van de regeling van de tenuitvoerlegging van vermogenssancties zijn. Het hier besproken initiatiefwetsvoorstel is verspilde energie, het lost problemen op die niet bestaan en, kwalijker nog, trekt zonder deugdelijke rechtvaardiging één van de belangrijkste fundamenten van de ontnemingswetgeving onderuit. Wat de indieners voorstellen, is slechte wetgeving. Wij bevelen de indieners krachtig aan het voorstel in te trekken. Mocht dat niet gebeuren, dan is te hopen dat het parlement het voorstel zal verwerpen.

#### Voetnoot

- [1] Matthias Borgers is hoogleraar straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.
- [2] Tijs Kooijmans en Joep Simmelink zijn beiden universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit van Tilburg.
- [3] Zie nader M.J. Borgers & J.B.H.M. Simmelink, 'Oplossingen voor niet bestaande problemen met de ontneming van voordeel', NJB 2005, p. 992-993.
- [4] Kamerstukken II 2006/07, 30 841, nr. 2.
- [5] Wat in het wetsvoorstel niet is opgenomen, maar vermoedelijk wel is bedoeld, is dat de rechter daarbij de clausule opneemt dat (gedeeltelijke) betaling door de één de andere(n) (in zoverre) kwijt.
- [6] Vgl. Kamerstukken II 2006/07, 30 841, nr. 3, p. 4.
- [7] Kamerstukken II 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 8, 55, 78 en 81; Kamerstukken II 1989/90, 21 504, nr. 5, p. 26; Kamerstukken II 1991/92, 21 504, nr. 8, p. 3; Kamerstukken I 1992/93, 21 504 en 22 083, nr. 53a, p. 9.
- [8] HR 30 november 2004, NJ 2005, 133; zie ook HR 1 juli 1997, NJ 1998, 242, m.nt. JR.
- [9] HR 7 december 2004, LJN AQ8489 en HR 7 december 2004, NJ 2006, 63.
- [10] Vgl. Kamerstukken II 2006/07, 30 841, nr. 3, p. 4.
- [11] Zie nader M.J. Borgers, De ontnemingsmaatregel, Den Haag: BJu 2001, p. 76-106, 236-238, en T. Kooijmans, Op maat geregeld?, Deventer: Kluwer 2002, p. 58-60, 84-85, 95.
- [12] Vgl. HR 10 oktober 2006, LJN AY7386.
- [13] Kamerstukken II 2006/07, 30 841, nr. 3, p. 3.
- [14] Kamerstukken II 2006/07, 30 841, nr. 3, p. 5.
- [15] Kamerstukken II 2006/07, 30 841, nr. 3, p. 5.
- [16] Art. 6:102 BW kan als zodanig niet gelden, omdat er geen sprake is van een hoofdelijke verplichting tot het vergoeden van schade. Voor zover de indieners een analoge toepassing van deze bepaling voor ogen staat, rijst de vraag op grond van welke maatstaf de betrokken daders tot een onderlinge verdeling moeten komen. Art. 6:101 BW lijkt ons in de context van het behalen van voordeel uit strafbare feiten geen bruikbare maatstaf.
- [17] Kamerstukken II 2006/07, 30 841, nr. 3, p. 2.
- [18] Vgl. Openbaar Ministerie, Perspectief op 2010, p. 16-17; BOOM-nieuws, september 2006, p. 4.

**[19]** Dit voorstel is al in 1999 naar voren gebracht. Zie P. Everaars e.a., Ontnemingswetgeving in perspectief, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 148-149.

---

Copyright © Kluwer 2011

Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 22-11-2011

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.